

LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. UNA LECTURA POLÍTICA Y JURÍDICA DESDE LOS DERECHOS SOCIALES

UNITED NATIONS DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLE. A READING FROM POLITICAL AND LEGAL SOCIAL RIGHTS.

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS
Universitat de Girona

Fecha de recepción: 21-11-08

Fecha de aceptación: 6-10-09

Resumen: *El objetivo de este ensayo es centrarse específicamente en los derechos económicos y sociales de los pueblos indígenas reconocidos en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), desde una perspectiva intercultural, derivando un posible contenido para los mismos a partir de los estándares y parámetros que el Derecho internacional de los Derechos Humanos nos oferta en relación a los DESC. Para ello, dividiremos la presentación de este escrito en cuatro momentos. Un primer momento, en el que se fijarán los criterios para interpretar jurídicamente todo el cuerpo de la DDPI. Un segundo momento, en donde se establecerá una metodología de lectura. Un tercer momento, en el que se relatarán y apuntarán, de manera intercultural, posibles vías jurídicas para interpretar y aplicar los DES de los pueblos indígenas. Finalmente, un cuarto momento, en donde se abordará de manera monográfica el contenido de los artículos que hacen referencia a los DES de los pueblos indígenas; esto es, el sugerente contenido de los artículos 17, 20, 21, 23 y 29.*

Abstract : *The aim of this essay is to focus specifically on the economic and social rights of indigenous peoples recognized in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (DRIP), from an intercultural perspective, leading a possible content for the same starting of standards and benchmarks that the international law of human rights we offer in relation to the economical and social rights (ESR). For this purpose we will divide the presentation in four moments. Initially, in which lay down the criteria for legal interpretation of the whole body of Declaration. A*



second stage, where we established a methodology for reading the DRIP. A third stage, in which we will fix a possible legal means to interpret and apply the ESR of indigenous peoples. Finally, we look through the content of the articles in reference to the social dimension of the rights of indigenous peoples: the suggestive content of the articles 17, 20, 21, 23 and 29.

Palabras clave: pueblos indígenas, derechos sociales, interculturalidad, pluralismo jurídico

Keywords: indigenous peoples, social rights, interculturality, legal pluralism

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*¹. La *Declaración* establece un marco universal de estándares mínimos para garantizar la dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas del mundo. Recoge tanto derechos individuales como derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo aspectos referentes: a determinar su propia identidad; a la libre determinación; a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales; a revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales; a controlar sus sistemas e instituciones docentes; a todos los derechos establecidos en el derecho internacional laboral; a mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos; a utilizar sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud; a mantener su propia relación espiritual con tierras y territorios, así como con los recursos que tradicionalmente han ocupado y utilizado; y un largo etc. Condena, también, la discriminación contra estos pueblos y promueve la plena y efectiva participación de los mismos en todos aquellos asuntos que les atañen. De igual manera, garantiza el derecho a la diferencia y a la consecución de sus propias prioridades en cuanto al desarrollo económico, social y cultural, estimulando las relaciones de cooperación entre los Estados y los Pueblos Indígenas.

La *DDPI* no pretende, sin embargo, conferir a los pueblos indígenas una serie de derechos nuevos, derechos emergentes o derechos especiales. Ofrece, más bien, una «versión de los principios y las normas generales de derechos humanos contextualizada» en relación a las circunstancias históricas, culturales y so-

¹ A/RES/61/295 (2 de octubre de 2007), Anexo. (A partir de ahora *DDPI*). La *DDPI* fue adoptada por mayoría 144 Estados a favor, 4 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América) y 11 abstenciones (Azerbaiján, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania).



ciales de los pueblos indígenas². Su contenido está vinculada a las obligaciones contraídas por los Estados miembros en virtud de otros tratados de derechos humanos, de ahí, que no resulte un conflicto para nuestros propósitos el hecho de que la DDPI pueda ser considerada en sí misma como una expresión de *soft law*; lo que resulta esencial para nuestro análisis es la enmarañada red de relaciones, conexiones y remisiones que puedan suscitarse de la interpretación interpelativa que de este texto se pueda hacer en relación a todo el *corpus* jurídico de derechos humanos existente en las jurisdicciones nacional, regional e internacional. Es decir, el hecho de narrar cómo se crea Derecho y derechos, a partir de toda la arquitectura institucional que se ha ido fraguando en materia de derechos humanos.

El objetivo de este ensayo es centrarse específicamente en los derechos económicos y sociales de los pueblos indígenas reconocidos en la DDPI, desde una perspectiva intercultural³, derivando un posible contenido para los mismos a partir de los estándares y parámetros que el Derecho internacional de los Derechos Humanos nos oferta en relación a los DESC⁴. Para ello, divi-

² Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, J. S. ANAYA, A/HRC/9/9, de 11 de agosto de 2008, parágrafo 86.

³ Entendemos por interculturalidad la interacción, contacto y comunicación entre culturas de manera simétrica y horizontal, evitando, de esta manera, todo trato desigual, asimétrico o excluyente en las formas de reconocimiento, producción, reproducción y desarrollo de las propias formas identitarias, culturales y cosmovisionales. Esta dimensión se hace aún más acuciante y necesaria cuando los sujetos de debate, y de derechos, son los pueblos indígenas, ya que la memoria fundadora de estos pueblos se basa en la violación originaria de sus derechos a lo largo de la historia moderna, así como en los procesos de resistencia generados ante sistemática violencia. Una perspectiva amplia de lo que entendemos y enunciamos por interculturalidad ha sido desarrollado en: A. MARTÍNEZ DE BRINGAS, "Las políticas interculturales ante el reto de los derechos de los pueblos indígenas", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 33, 2009, pp. 103-124; "La deconstrucción del concepto de propiedad: una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas" en *Utopía y praxis latinoamericana. Revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, núm. 45, 2009, pp. 11-30; "Interculturalidad en tiempos globales: el reto de los derechos de las mujeres migrantes" en S. E. VILA (coord.), *Pedagogía de la alteridad: interculturalidad, género y educación*, Ed. Popular, Madrid, 2007, pp. 27-42.

⁴ DRZEWICKI K., KRAUSE y ROSAS (eds.), *Social Rights as Humans Rights: A European Challenge*, Turku, 1994; J. SYMONIDES (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Ashgate-Unesco, Adershot, 2003; E. ASBJORN, K. KRAUSE, y A. ROSAS, *Economic Social and Cultural Rights. A textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995; COURTIS, HAUSER y RODRÍGUEZ HUERTA, *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, México, 2005.

diremos la presentación de este escrito en cuatro momentos o pasos enlazados y progresivos. Un primer momento, en el que se fijarán los criterios para interpretar jurídicamente todo el cuerpo de la *DDPI*. Un segundo momento, en donde se establecerá una metodología de lectura, que guiará todo el sentido de este ensayo, lo que ayudará a interpretar, de manera específica, los derechos económicos y sociales (DES) de los pueblos indígenas contenidos en la *Declaración*. Un tercer momento, en el que se relatarán y apuntarán, de manera intercultural, posibles vías jurídicas para interpretar y aplicar los DES de los pueblos indígenas. Finalmente, un cuarto momento, en donde se abordará de manera monográfica el contenido de los artículos que hacen referencia a los DES de los pueblos indígenas; esto es, el sugerente contenido de los artículos 17, 20, 21, 23 y 29.

1. CRITERIOS PARA INTERPRETAR JURÍDICAMENTE LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (*DDPI*)

La *DDPI* nos sitúa existencialmente ante otra lógica, ante otro proceso de construcción de los derechos distinto del de la Modernidad occidental; nos ubica, por tanto, ante el reto de *otros* derechos: los de los pueblos indígenas. Ello supone, sustantivamente, replantear y reinterpretar de manera radical la universalidad concedida a los derechos humanos hasta ahora. Supone, también, multiplicar las formas de expresión y formalización de los mismos: otras maneras de explicitación, en su doble dimensión, individual y colectiva.

Los pueblos indígenas nos sitúan ante el reto de estudiar la memoria en lugar de únicamente la Historia, poniendo en escena otros recursos y otras formas de escritura. La presión del pluralismo inherente a los lenguajes e iniciativas de las *historias* que escriben los pueblos indígenas ha supuesto un cuestionamiento metodológico y epistemológico radical en la manera misma de escribir la Historia. Los pueblos indígenas se sirven, instrumentalmente, del discurso de los derechos humanos para poder replantear la Historia construida y poder asentar, así, sus propias *historias*.

Las presiones de la democracia nos han llevado a narrar la historia de los pueblos indígenas de manera peculiar. Por ello se hace necesaria una doble dimensión, un sentido polivalente, para leer cada uno de los artículos que contiene la *DDPI*. Por un lado, una dimensión táctica, que sería algo así



como la historia «buena» de los pueblos indígenas, que se ocupa de ampliar la esfera de la justicia social y la de la democracia representativa. Es la lógica que pertenece propiamente al discurso de los derechos. Por otro lado, una dimensión estratégica, más allá de la simple dimensión jurídica, que tendría más que ver con los límites de la historia, conectando directamente con la lucha histórica de estos pueblos, con la búsqueda desesperada por formas no-estatales de democracia, pero que aún no podemos entender ni concebir plenamente. La lectura de la *DDPI* no puede abandonar, en ningún momento, ninguna de estas dos dimensiones; ambas son complementarias e interdependientes. Ello tiene sus consecuencias ya que cada artículo de la *DDPI* no constituye una exigencia jurídica inmediata al uso, una expresión de derecho positivo tal y como éste es entendido por nuestros códigos normativos. Tiene un valor disipado, mediato, flexible; el propio de quien adopta tácticamente un discurso ajeno para hacer reivindicaciones propias. Ahora bien, no puede nunca olvidarse la dimensión estratégica de cada uno de los artículos: todos ellos encierran y anudan reivindicaciones históricas, memorias múltiples que dislocan la manera de entender el Derecho y trascienden las exigencias y contenidos del texto en sí mismo. Ello jurídicamente supone situarse en la lógica del *pluralismo jurídico*⁵. Estamos lejos, por tanto, del espoleo neurótico al que nos arroja el discurso de la implementación de los derechos; esto es, de la exigencia de una aplicación inmediata y mecánica de los contenidos de cada uno de los artículos que aquí se contienen. Con ello nos situamos más allá –o más acá, todo depende del lugar de enunciación– de las interpretaciones tradicionales del derecho: aquellas que conciben que sólo obliga y vincula lo que es recogido y tasado en un texto normativo.

Sin entrar a valorar la manida pregunta sobre si el texto de la *Declaración* tiene valor vinculante por sí mismo, la lógica del pluralismo jurídico nos conduce a entender categorías como las de vinculatoriedad, validez y sentido del derecho de otra manera y desde otros lugares. Por ello la pregunta sobre la vinculatoriedad no resulta pertinente para leer el texto de la *Declaración*. En su lectura, es importante ir más allá de las posibilidades que entraña en sí misma la estrategia jurídica. Luis Rodríguez-Piñero, en un texto de enorme fuerza sugestiva, donde nos concita y convoca a la imaginación jurídica y política, propone una lectura transversal, holística, de la *DDPI*, lo que tiene sus propias consecuencias jurídicas, como las de *no* multiplicar los

⁵ B. de S. SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, ILSA, Colombia, 2009, pp. 51-76.



procedimientos de protección de los derechos de los pueblos indígenas más allá de los ya existentes; o no expandir las estrategias de lucha, para caminar hacia la ansiada implementación de los derechos –expresión tenaz pero impertinente de lo que se denomina teoría del garantismo jurídico–, sino re-combinar y re-imaginar los procedimientos y posibilidades ya existentes para poder leer, de manera cruzada, simbiótica y complementaria el texto de la *DDPI*, junto con otros textos de derechos humanos ya existentes⁶. Se trata, por tanto, de asumir los insumos históricos creados, de hacer real la idea de concebir los derechos como procesos sociales, para lo que es necesario aprovechar, reciclar y validar los insumos que históricamente se han producido para dar respuestas a otras necesidades y a otros gritos. La multiplicación exponencial de procedimientos, capacidades y recursos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, no augura, necesariamente, un garantismo jurídico más espléndido.

Sintetizando lo aventurado, la lectura de la *DDPI* exige situarse en las entrañas del pluralismo jurídico, abandonando una consideración restrictiva del Derecho que considera al Estado como el único centro productor de normas; avezarse con los dos sentidos de lectura de la *DDPI* propuestos: el táctico y el estratégico, en cuanto momentos de una misma acción; dar un paso más allá de la estrategia jurídica, sin desdeñarla, pero sí relativizándola, lo que implica visibilizar otros agentes y sujetos necesarios para una nueva historia de los derechos; transversalizar y leer cruzadamente la *DDPI* con todo el material del que se dispone, para poder generar una historia de los derechos indígenas a partir de la Historia que nos construye: la de la represión y la de las posibilidades⁷.

2. METODOLOGÍA PARA LEER LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES (DES) EN LA *DDPI*

La metodología, o el talante necesario para poder leer e interpretar los DES en la *DDPI* deberá ser, necesariamente, una *metodología relacional* orienta-

⁶ L. RODRIGUEZ-PIÑEIRO, “La implementación de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42”, *mimeo*.

⁷ Cf. B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América, Siglo XXI*, México, 1994; Ama Llungku, *Abya Yala: Consituyencia indígena y código ladino por América*, Centro de Estudios Consitucionales, Madrid, 2000; *Tratados con Otros Pueblos y Derechos de otras gentes en la Constitución de Estados por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.



da a aprovechar todos los recursos existentes y creados en la historia y procesos de lucha por los derechos, traduciendo esas potencialidades y fortalezas a la perspectiva indígena. Lo relacional ubica, como clave de interpretación de todos los derechos, al principio *pro homine*, que establece, en caso de duda, la interpretación más favorable a la vigencia de un derecho (humano), o a la mayor extensión en la interpretación de éste. En este sentido, lo relacional conecta con la *interculturalidad*⁸ y con el principio *pro homine*, es decir, propone excavar en los sedimentos del discurso histórico de los derechos aquellos elementos de necesaria traducción a la lógica de los pueblos indígenas, aún ante la existencia de vacíos legales. Por tanto, la estrategia exige que ha de optarse por el instrumento interno (nacional) o internacional que mejor proteja los derechos, recreando interpretaciones tangenciales que permitan intuir analogías temáticas de derechos en textos ya existentes, aunque hasta ahora hayan sido utilizadas para proteger otras situaciones y casos.

El ámbito de exploración que proponemos viene dado por la doctrina existente en torno a los DES⁹, es decir, por las posibilidades que todos los

⁸ Perspectivas que complementarían la dimensión de la interculturalidad que venimos proponiendo, pero desde otras disciplinas discursivas, serían O. HOFFE, *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2002; M. ALCINA, *La comunicación intercultural*, Anthropos, Barcelona, 2003; R. BETANCOURT, *Interculturalidad y globalización. Ejercicios de crítica filosófica intercultural en el contexto de la globalización neoliberal*, ICO, Fráncfort, 2000; *Transformación intercultural de la filosofía*, Descleé de Brouwer, Bilbao, 2001.

Reflexiones sobre la problemática multicultural, de donde se deducen pistas para la elaboración de una metodología intercultural, pero desde el punto de vista de la filosofía política, pueden encontrarse en: W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 2000; *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003; Y. TAMIL, *Liberal Nationalisms*, Princeton University Press, Princeton, 1993; Ch TAYLOR, "The Politics of Recognition" en A. GUTMANN (comp.), *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1992, pp. 25-73; B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism: Cultural diversity and Political Theory*, Macmillan, Basingstoke, 2000; T. MODOOD, *Multiculturalism. A Civic Idea*, Polity Press, Cambridge, 2007.

⁹ Una breve relación de la base doctrinal que va a guiar nuestras reflexiones es la siguiente: V. ABRAMOVICH y CH. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002; V. ABRAMOVICH, M. J. AÑÓN, y CH. COURTIS, (comp.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003; CH. COURTIS, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Ediciones GPS, Madrid, 2006; CH. COURTIS, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009; J. SYMONIDES (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Ashgate-Unesco, Adershot, 2003; M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO, y R. VÁZQUEZ (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa-Unam, México, 2001; G. PISARELLO, "Los derechos sociales como derechos

instrumentos normativos existentes, referidos a estos derechos, ofrecen, mediante traducción intercultural, a los pueblos indígenas. Ello supone, negativamente, excluir aquellos elementos que impidan una lectura progresiva e intercultural de toda la doctrina del Derecho social.

Situado este primer talud interpretativo es necesario apercibir la dimensión colectiva que caracteriza intrínsecamente al Derecho social y de manera específica a los DES. Es decir, la característica más denotativa del Derecho social es su dimensión grupal. Esta dimensión colectiva, comunitaria y grupal de los DES conecta directamente con el espíritu y naturaleza de los derechos indígenas. Por tanto, del fondo doctrinal de los DES se pueden desentrañar fundamentos y estrategias para proteger los derechos indígenas, tanto económicos y sociales, como otros netamente colectivos. Los paralelismos que reposan en estos textos otorgan principios y criterios para armar una estrategia que coadyuve a la protección de los derechos indígenas. Entre estos paralelismos, que han de ser traducidos interculturalmente, está el hecho de que los DES consideren, entre sus posibilidades, violaciones colectivas de derechos, cuestión alérgica y ajena a la tradición ilustrada de los derechos, avalado todo ello por una reductiva interpretación de los derechos civiles y políticos. El hecho de que los DES sean derechos *de* los grupos y *para* los grupos implica asumir el principio de reconocimiento colectivo como dimensión insita en la lógica de los derechos – exigencia nuclear para el reconocimiento de los derechos indígenas– diferenciando, a partir del potencial que implica el reconocimiento, la identidad e idiosincrasia de unos grupos frente a la totalidad amorfa con la que el Estado lee las diferencias culturales, sexuales, nacionales, religiosas, etc. Desde esta potencialidad se hace necesaria una lectura transversal e implicativa de los derechos indígenas en la potencia colectiva y en las formas de

exigibles: virtualidades y límites de una consigna” en *Estudios sobre derechos humanos*, Fesdpad ediciones, San Salvador, 2004, pp. 363-386; *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007; E. ASBJORN, K. KRAUSE y ROSAS, A., *Economic Social and Cultural Rights. A textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995; FABRE C., *Social Rights Under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford Clarenton Press, Oxford, 2000; M. SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003; A. EIDE, “The legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of some Traditional Views” en P. ALSTON; K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right of Food*, Utrech, 1984, pp. 97-110; B. GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.



reconocimiento latentes en el discurso del Derecho social internacional y nacional¹⁰.

Sin embargo, una perspectiva eufóricamente garantista de los DES exige ser asumida con mesura y prudencia dadas las dificultades que existen *realmente* para demostrar la vulneración colectiva de derechos. Como la historia nos ha venido desvelando, resulta enormemente difícil demostrar jurídicamente, incluso para los talantes más interculturales, que ciertas violaciones de derechos poseen proyecciones colectivas. Siendo difícil de demostrar esta intuición de manera general para los DES, las dificultades se multiplican exponencialmente cuando hablamos de derechos de los pueblos indígenas. Piénsese, por ejemplo, en la incapacidad normativa de los operadores jurídicos y otros agentes sociales para pensar y fundamentar un delito como el de genocidio.

Una metodología relacional, de entrecruzamiento de textos y lógicas, exige emplear otros instrumentos internacionales; normas fundamentales ya aprobadas (como los textos constitucionales de muchos países que reconocen derechos indígenas); así como el trabajo realizado por los órganos de supervisión de tratados internacionales para identificar criterios y principios que permitan dar contenido y ofertar garantías a los derechos indígenas¹¹.

Para alumbrar esta perspectiva, estructuraremos la búsqueda en dos pasos: 1) donde se procederá a la determinación de qué *normas, principios, objetivos y desarrollos de política pública*, sobre cuestiones económicas y sociales, pueden encontrarse en sede local, nacional, regional e internacional; 2) identificadas estas normas y sus principios, se trataría de determinar qué derechos –necesariamente en nuestro caso, qué DES– se pueden inferir de esos

¹⁰ Evidencia y expresión de lo que venimos hablando sería, por ejemplo, el artículo 17 de la DDPI, cuando reconoce a los pueblos indígenas los mismos derechos laborales que el resto de trabajadores no-indígenas, remitiéndonos, para su fundamentación y consiguiente protección, al derecho laboral internacional y nacional aplicable.

¹¹ «En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho», *Opinión Consultiva* núm. 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-5/85, «La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 51; y *Opinión Consultiva* OC-10/89, «Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», del 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10, párrafos 43 y 45.



postulados para ser aplicados, de manera individual y colectiva, a personas y a pueblos indígenas.

En relación al primer punto, y, de manera específica al acopio de normas que permitiría un rastreo así, habría que citar necesariamente *otros* instrumentos internacionales de derechos humanos que resultan pedagógicos para leer e interpretar la *DDPI*, derivando DES desde la perspectiva y el fundamento de estos pueblos, dando, de esta manera, contenido y coloración a los artículos de la *DDPI*. Resulta, por tanto, de vital importancia traducir contenidos y exigencias de los DES a la realidad de los pueblos indígenas, a partir de textos tan importantes como: el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)¹²; la Convención sobre Derechos del Niño; la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer; La Declaración Americana (artículo XII); La Convención para la Protección de los trabajadores migrantes y sus familias; y los Convenios y Recomendaciones de la OIT, entre otros.

Respecto a principios o criterios marco para dar contenido al carácter abstracto y general, difícilmente concretable normativamente, del articulado de la *DDPI* –especialmente en sus artículos 17, 20, 21, 23, 29–, de los que necesariamente se derivarían consecuencias jurídicas, habría que considerar las *Observaciones Generales* (O.G.) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su totalidad, y, especialmente para nuestro supuesto: la O. G. n° 2, que

¹² Ejemplos del establecimiento de objetivos y medidas concretas de política pública en textos internacionales, estableciendo, además, metas a ser alcanzadas por los Estados, sería una lectura cruzada y combinada del artículo 12.2 del PIDESC, del 10.2 del *Protocolo de San Salvador*, junto con los artículos 17 y 21 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. En los dos primeros artículos se reseñan un conjunto de medidas y objetivos de política pública que los Estados tienen que cumplir en materia de salud, condición de posibilidad previa para hablar del *derecho a la salud* de los pueblos indígenas recogido en el artículo 21 de la *DDPI*. En la *Declaración* se fija un nuevo sujeto de derechos –los pueblos indígenas– como beneficiarios de las disposiciones de políticas públicas en materia DES. La metodología relacional exige hacer una lectura cruzada de las exigencias y necesidades indígenas, en forma de derechos, con estos textos internacionales de DESC, para interpretarlas interculturalmente, con independencia del discurso sobre la fuerza vinculante, o no, de la *Declaración*. Una interpretación parecida podría hacerse con los artículos 13.2 del PIDESC, y 13.2 y 13.3 del Protocolo de San Salvador, respecto al derecho a la educación, que encuentra su formalización de acuerdo a las exigencias y necesidades indígenas en el artículo 21 de la *DDPI*.



prolonga las exigencias del artículo 22 del PIDESC y pretende comprometer a los órganos competentes de Naciones Unidas en la aplicación real de los informes DES presentados de conformidad con las exigencias del PIDESC¹³; la O. G. n° 3, en donde se hace referencia específica a las obligaciones –de comportamiento y de resultado– de los Estados parte en el PIDESC¹⁴; la O.G. n° 9, que hace referencia a la aplicación interna del PIDESC, derivándose de su lectura indicaciones y posibilidades para la aplicación de los artículos de la DDPI; la O.G. n° 10, donde se hace referencia a la función y responsabilidad de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los DESC, cuestión de vital importancia para la transversalización y traducción de exigencias de pueblos indígenas a otros agentes sociales y operadores jurídicos en el marco del Estado. A ello habría que añadir el abordaje monográfico de ciertos derechos que se hacen en otras O.G. de las que habría que inferir mandatos y consecuencias jurídicas para interpretar la DDPI desde el punto de vista de los DES¹⁵.

En este mismo sentido resultan de vital importancia los documentos elaborados por expertos en relación a los DES, como los denominados *Principios de Limburgo*, relativos a la aplicabilidad del PIDESC, y los *Principios de Maastrich*, sobre violaciones de DESC.

Además, será de vital importancia, para tener un campo exploratorio mayor de contenidos, estar atentos a los objetivos que se fija la política pública para desarrollar DES; a las remisiones que a través de textos normativos pueda hacerse a estos instrumentos de política pública para realizar a una interpretación intercultural de los mismos, derivando contenidos específicos a los derechos de la DDPI. Un ejemplo de ello puede ser el tenor general del artículo

¹³ «... [que] pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la convergencia de medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del Pacto», Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, O.G. n° 2, párrafo 1.

¹⁴ «Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados», Comité DESC, O.G. n° 3, párrafo 2.

¹⁵ Así, la O.G. n° 4 hace referencia a la vivienda adecuada; la 7, a los desalojos forzosos; la 11, a los planes de enseñanza primaria; la 12, al derecho a la alimentación adecuada; la 13, al derecho a la educación; la 14, al derecho a la salud; la 15, al derecho al agua. Como se puede intuir de la temática que abordan, hay muchísimos elementos que afectan directa y transversalmente a los DES de los pueblos indígenas, por razón de la interdependencia que corresponde, como cualidad, a todos los derechos.

lo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que constituye una de las escasas disposiciones y referencias sobre derechos económicos, sociales y culturales de la Convención, y que deberá ser rescatado para ajustarlo a los contenidos de artículos como el 17, 20, 21, 23 o 29 de la DDPI¹⁶.

Este ejercicio de metodología relacional y de interpretación intercultural se podría complementar con la labor que realizan los diferentes Relatores Especiales de la ONU, que en su trabajo específico abordan cuestiones sobre vulneración de derechos humanos que afectan a pueblos indígenas, unas veces de manera transversal; y otras de manera directa, temática y monográfica¹⁷.

¹⁶ El artículo 26 reza de la siguiente manera: «Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados». El enunciado, abstracto y amplio, del artículo, enlaza directamente con la perspectiva que venimos desarrollando. Se trata de un texto regional en el ámbito de la OEA, que, sin embargo, conecta y prolonga las exigencias y comentarios que posteriormente el Comité DESC ha hecho en las referidas O.G. 2, 3 y 9. Es decir, establece mandatos programáticos paralelos a otras instancias y competencias para proceder a una implementación real de todos los DES. Con ello queda, también, implicada la cooperación internacional para coadyuvar a implementar la metodología relacional. En este sentido hay que recordar que en el caso del Estado español, la AECID ha desarrollado recientemente una *Estrategia sectorial de la cooperación española con pueblos indígenas* (ECEPI), con lo que el artículo 26 constituye un mandato expreso para la realización del trabajo y el cumplimiento de los objetivos de la AECID, en relación con la estrategia, en el ámbito regional de América Latina. El artículo 26 habla con carácter general de «normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura», es decir, todo el ámbito temático en el que pueden encontrarse referencias a los DESC. Ello conecta directamente con la perspectiva relacional que venimos comentando, pues de la interpretación del contenido general de esas normas, habrá que derivar, de manera específica e intercultural, contenidos y directrices para traducir los artículos DES de la DDPI. Piénsese en la cantidad de nuevos actores implicados en este reto.

¹⁷ Piénsese en el Relator de la ONU contra La Tortura y los Tratos Crueles y Degradantes; el Relator contra las Desapariciones Forzadas; el Relator contra las Ejecuciones extra Judiciales; el Relator contra las Detenciones Arbitrarias; el Relator que vigila los Atropellos contra los Niños; el Relator el que trabaja para combatir los Abusos contra la Mujer; el Relator que se dedica a los casos de Discriminación y Persecución por Motivos de Creencias Religiosas, Origen Nacional, Raza y Opinión o Preferencias Políticas, así como a Relatores de otros temas específicos. Si se piensa transversalmente, todas ellas son temáticas que han constituido la base de la vulneración de los DES de muchos pueblos indígenas, aunque no de manera directa, sino relacional e interpretativa. Por tanto, de su trabajo e informes específicos, se pueden derivar muchos elementos para la interpretación y complemento de la DDPI.



Consideración especial exigiría la actividad realizada por el *Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas pueblos indígenas*, especialmente a través de los contenidos de su mandato, como la realización de informes anuales sobre asuntos específicos o situaciones de especial importancia en relación a los derechos de los pueblos indígenas; las comunicaciones a los gobiernos de los Estados; las visitas a países; el seguimiento de las recomendaciones ya realizadas a los mismos; o la exhaustiva re-interpretación intercultural de todo este trabajo desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas.

Desde la perspectiva específica de los pueblos indígenas y en una sede más concreta, como es la de la OEA, habría que considerar la intensa utilización del Sistema Interamericano de derechos humanos por parte de los pueblos indígenas, para proteger y establecer contenidos concretos a derechos que hasta ahora carecían de enunciación y recepción en textos internacionales. A este respecto habría que prestar especial consideración a las resoluciones –informes de admisibilidad, informes de fondo, informes de solución amistosa, sentencias– publicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con los derechos de los pueblos indígenas y específicamente los DES. Habría, además, que rescatar de los informes monográficos sobre la situación de los derechos humanos que realiza la CIDH, y de las visitas *in loco* que la propia Comisión realiza –máxime, cuando desde 1984, viene incorporando un capítulo sobre la situación de los pueblos indígenas en los informes monográficos por país–, mandatos específicos que de estos diagnósticos se derivarían para dar contenido a los DES de los pueblos indígenas. Finalmente, habría que revisar todo el escenario jurisprudencial que se ha venido constituyendo en materia de derechos de los pueblos indígenas en el Sistema interamericano de derechos humanos, de mano de la Corte Interamericana.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE SE DERIVAN PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES INDÍGENAS

Previo al abordaje de los contenidos que establece el epígrafe, es necesario pensar y reflexionar interculturalmente un concepto como el de «obligatoriedad jurídica», que no puede leerse tal y como es construido y entendido



por el Derecho positivo. Leer e interpretar la *DDPI* exige una suerte de distancia existencial-cosmovisional lo suficientemente amplia como para situarnos ante otra manera de comprender lo jurídico y sus obligaciones. Esa distancia, ese lugar-otro desde el que leer y analizar la *DDPI*, y específicamente los DES, nos permitirá dar solución a una pregunta que resulta fundamental para el jurista e intérprete occidental, pero no tanto para el indígena, como *cuál* es el valor jurídico de la *DDPI*. Pensar interculturalmente el concepto de «obligatoriedad» nos enseña que es posible ensayar otras vías de respuesta y conjurar otras maneras de protección para los derechos de los pueblos indígenas. Se trata, por tanto, de trascender la lógica y los dinamis-mos que nos impelen a pensar la realidad jurídica de los derechos a través de una falsa dicotomía: o existe un valor jurídico vinculante que acompaña como buen llamado todo texto normativo, o debemos afrontar *la nada* y el vértigo del vacío jurídico; es decir, si un texto no resulta jurídicamente vinculante, estaríamos ante derechos de papel, ante textos ideológicos y programáticos que carecen de fuerza vinculante y, por tanto, de valor para el Derecho. Esta sería la respuesta de muchos juristas positivistas al valor real de la *DDPI*.

Situarse en otro sitio es tomarse en serio el potencial del pluralismo jurídico rescatando de sus entrañas las posibilidades del Derecho indígena y el tipo de respuestas que éste ensaya para allanar estas preguntas¹⁸. Cuando hablemos de «obligatoriedad del derecho» en relación a la posible lectura que podamos hacer de la *DDPI*, será necesario tener en cuenta muchos más indicadores y variables que aquellos a los que se atiende clásicamente el positivismo jurídico: los del valor jurídico de un texto normativo como criterio hermenéutico último. Ello supone evidenciar y combatir que el positivismo jurídico, en cuanto corriente interpretativa del Derecho, reduce la pluralidad de sistemas jurídicos a unidad coercitiva; la heterogeneidad a homogeneidad por la puesta en escena de eso que podemos denominar «falacia del anacronismo». Con ello queremos expresar que la normatividad occidental, a partir de sus propios sistemas jurídicos, barbariza todo lo que no es idéntico a sí mismo, aquello que se separa de la «mismidad» de su naturaleza jurídica, proyectando una imagen especular de toda alteridad jurídica cargada con el prejuicio tempo-espacial del anacronismo. Ello lleva a interpretar la

¹⁸ R. IRIGOYEN, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999; E. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

historia y tradición jurídica de los pueblos indígenas en términos de carencia, de ausencia de producción normativa alguna, de inexistencia de expresión certera de Derecho¹⁹. Constituye una suerte de ignorancia asimétrica: mientras el sistema jurídico occidental se ha construido ignorando y arrasando cualquier alteridad jurídica, principalmente las indígenas, éstas no encuentran su ontología si no por referencia necesaria, mimética y mediada por el Derecho Occidental. Sin embargo, es necesario apostillar que las teorías de la modernización y del desarrollismo no son hipótesis científicas, sino teodiceas, es decir, relatos de providencia y redención²⁰. Un ejemplo de ello sería el tratamiento que de los «usos y costumbres indígenas» hace el Derecho positivo, cuya validez queda desfasada y relegada por su talante anti-moderno, bárbaro, anacrónico.

Hablar de otras lógicas jurídicas supone replantear el sistema de fuentes del derecho con el que se define y asienta el derecho positivo occidental; poner en cuestión el carácter pacífico de términos como valor, verdad, validez, vinculatoriedad, obligatoriedad, es decir, todos aquellas categorías con las que el Derecho ha venido construyendo, por ejemplo, la universalidad de los derechos humanos; cuestionar las fuentes tradicionales con las que se ha ido identificando el Derecho asumiendo que existe normatividad válida aunque esta no se identifique con la «ley»; ubicar y calificar el principio juridicidad en el ámbito de un macro sistema normativo, constituido por diferentes subsistemas jurídicos autónomos y consistentes en sí mismos, regidos e interpretados, cada uno de ellos, por sistemas de fuentes diferentes, códigos y relaciones jerárquicas no coincidentes; otorgar un valor relevante al derecho consuetudinario a la hora de considerar la naturaleza de la obligatoriedad jurídica. Ello nos acercaría a un derecho de la diversidad, de flujos transnacionales, más allá de la ciudadanía como lugar de arraigue de las formas jurídicas; un derecho menos pretencioso y, por tanto, menos vinculante y más abierto a la porosidad y al entrecruzamiento con otros sistemas normativos, lo que implica, necesariamente, abandonar el componente ideológico que caracteriza a los sistemas jurídicos para abrirse a la dimensión técnica que estos ofrecen, esto es, más que como soluciones jurídicas a los conflictos, como sistemas de armonización de conflictos entre sistemas jurí-

¹⁹ D. CHAKRABARTY, *Al margen de Europa ¿Estamos ante el final del predominio cultural europeo?*, Tusquets, Barcelona, 2008, pp. 57-80.

²⁰ J. GRAY, *Misa Negra. La religión apocalíptica y la muerte de la utopía*, Barcelona, Paidós, 2008, p. 106.



dicos en conexión y solapamiento. Avanzar, por tanto, hacia sistemas jurídicos asimétricos, incompletos, complejos; más procedimentales que sustantivos²¹.

Ello implicaría reconocer que la DDPI posee un *valor jurídico otro*. Ello debido a que el modo de construcción de la DDPI ha sido distinto que el sufrido por otros textos normativos, saliéndose de la convención en su forma de negociación y plasmación final. Muchos y más plurales han sido sus fuentes de inspiración; múltiples sujetos, agencias, agentes e instituciones las implicadas. Ello conlleva que el *valor jurídico otro*, aquel que le concede el reconocimiento del *pluralismo jurídico*, se va concretando y construyendo a través de la utilización de una metodología relacional, de cruce y contraste, como la que se propone para la lectura de la DDPI. Ahí reside el potencial de la transversalidad, de la mirada interpelante a otros textos y a otras propuestas.

Asentado todo ello, un primer conjunto de obligaciones, en el marco del pluralismo jurídico, sería la de construir el contenido de los DES indígenas y sus garantías, a partir de una lectura creativa de las O. G. previamente aludidas, así como de todo el material aportado por los textos, los operadores, agencias, instituciones y sujetos referidos en el apartado 2.

Un segundo bloque de obligaciones se derivaría de la aplicabilidad del principio de no discriminación «por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»²². Se trata de un postulado y un axioma que afecta estructuralmente a todos los

²¹ F. PALERMO, "Soluciones jurídicas a sociedades complejas: el derecho de la diversidad" en E. RUIZ VIEYTEZ (ed.), *Derechos humanos y diversidad. Nuevos desafíos para las sociedades plurales*, Alberdanía, Zarautz, 2008, pp.75-97.

²² Resulta importante para esta labor cruzada de interpretación, a partir del principio general de no discriminación, los *Principios de Limburgo* (35 a 45); Los *Principios de Maastricht* (9, 10, 11, 12, 14 b y 15); las conclusiones de la Corte Interamericana relativas al alcance de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*. En este sentido, la Corte ha llegado a considerar que el principio de no discriminación constituye una norma de *ius cogens*, es decir, de obligado cumplimiento para los Estados, no admitiendo derogación por parte de éstos. Cf. Al respecto Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", de 28 de agosto de 2002, Serie A núm. 17, párrafos 43-55; OC-18/2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados" de 17 de septiembre de 2003, Serie A núm. 18, párrafos 100 y 101.



derechos económicos, sociales y culturales; siendo eso así, exige una interpretación intercultural para su aplicación a los DES indígenas.

Un tercer ámbito de obligaciones residiría en la necesidad de que los Estados adopten medidas legislativas, o de cualquier otra índole, para hacer efectivos los DES. Ello conllevaría la consideración de los «usos y costumbres», del «derecho consuetudinario», como fuente jurídica fundamental para otorgar valor y validez al *Derecho otro*. Esta obligación toma fuerza intercultural si se leen de manera cruzada, remitida e interdependiente la O.G. n° 3 (obligaciones de los Estados), la n° 9 (aplicación interna del PIDESC), los Principios de Limburgo y Maastricht, y los artículos 17.2, 18, 19, 20.1, 21.2, 22.2, 23, 27, 29.2, 29.3, 30.2, 31.2, 32.2, 32.3, 36, 37, 38, 40 y 41 de la DDPI, entre otros.

Un cuarto ámbito de prescripciones sería la aplicabilidad de aquellas obligaciones que tienen su fundamento en los derechos civiles y políticos. Con ello se trataría de dar contenido a los DES de manera indirecta, apoyándose, para ello, en la fortaleza incontestable de justiciabilidad que se otorga a los derechos civiles y políticos. Esta estrategia, clásica ya en la manera de arrogar contenidos a los DES en un sentido general, puede ser reconducida interculturalmente para otorgar soporte y contenido a los DES contenidos en la DDPI. Para ello, el recurso al derecho a las garantías judiciales, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la protección judicial pueden fungir como tácticas interesantes, como ya se ha venido haciendo muchas veces en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, para otorgar contenido concreto y garantías a los DES indígenas²³, evitando así una consideración ideológica y vaga de los derechos sociales indígenas. El propio Comité DESC identifica una serie de derechos recogidos en el PIDESC que se consideran de aplicación inmediata y de invocabilidad directa ante los tribunales en los supuestos de violación de los mismos. Este resorte interpretativo debe ser necesariamente aprovechado para dar contenido y aplicación a los DES contenidos en la DDPI. Así, la O.G. n° 3 establece que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres –o mejor, el principio de igualdad– es uno de esos criterios incontestables de exigencia directa e inmediata ante los tribunales. A su vez, el artículo 17 de la DDPI establece la igualdad de derechos laborales entre indígenas y el resto de trabajadores. Una lectura cruza-

²³ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *op. cit.*



da del artículo 17, con la O.G. n° 3, permitiría una aplicación de la cláusula general de igualdad –en cuanto derecho– a cualquier vulneración de los derechos laborales indígenas, siempre que se aprecia una fractura en las condiciones de igualdad de las partes afectadas. Con ello, no sólo se establece un contenido concreto para ese artículo 17 –el que establece el derecho laboral internacional fundamentalmente través de la OIT–, sino que se pergeña una estrategia específica para su protección.

Por ello, no serían plausibles restricciones a los DES conforme a leyes que se dicten en función del interés general, tan propio de tiempos de seguridad globales como los que vivimos, y que, recurrentemente, son utilizadas para restringir muchos de los derechos indígenas²⁴. Por tanto, este criterio general deberá ser aplicado sin ningún tipo de restricción al disfrute interdependiente de los DES, en sus formas de apropiación y sentido, por los pueblos indígenas.

Un quinto ámbito de criterios para interpretar, en el marco del pluralismo jurídico, las condiciones y posibilidades de la obligatoriedad jurídica, serían los mandatos establecidos por el Comité DESC de Naciones Unidas para asegurar niveles esenciales en el disfrute de todos los DESC²⁵. Este criterio abstracto exige una interpretación intercultural para los pueblos indígenas, lo que conlleva la entrada en escena de otros actores y sujetos como la cooperación internacional, agencias de la ONU, agentes sociales con carácter nacional, organismos multilaterales, etc. Supone introducir, por ejemplo, en la recientemente aprobada *Estrategia Sectorial de la Cooperación española con*

²⁴ «(...) aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo (...)», O.G. n° 3, párrafo 12. Si esto constituye una especificación general para todos los DESC, el mandato y exigencia adquiere mucha más intensidad si se trata de grupos vulnerables específicamente reconocidos por cartas de derechos, como es el caso de los pueblos indígenas a través del Convenio 169 de la OIT y la *DDPI*. Ello declama que los periodos de crisis sean interpretados, también, desde las exigencias de derechos, siendo la desatención de los mismos un factor primordial en la motivación de las crisis. Cf. *Los Principios de Limburgo*, especialmente 25 a 34; Principios de Maastricht 10 y 13. En el ámbito de la OEA resulta de interés la Opinión Consultiva de la Corte IDH, “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6.

²⁵ El Comité DESC ya ha establecido criterios para interpretar y objetivar qué se entienden por niveles esenciales para el disfrute de estos derechos, en las Observaciones Generales n° 12 (alimentación adecuada), 13 (derecho a la educación), 14 (derecho a la salud), 15 (derecho al agua).

los Pueblos Indígenas (ECEPI) realizada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), y que funciona como una política transversal que afecta a todas las acciones operativas de la cooperación española²⁶, la obligación de dar contenido esencial a todos los derechos de la DDPI, poniendo especial énfasis en aquellos que resultan fundamentales para asegurar las condiciones de vida de estos pueblos: los derechos económicos y sociales. Este criterio arrastra consigo una serie de acciones tensionadas y vinculadas estructuralmente a él, como son: la adecuación del marco legal de los Estados a las exigencias de la DDPI; la generación de un espacio comunicativo y divulgativo para el conocimiento de los derechos de la DDPI; la creación de indicadores que expresen las necesidades y exigencias de los pueblos indígenas, es decir, ubicados en la interculturalidad; la vigilancia efectiva de todos estos derechos mediante la creación de planes específicos para su monitoreo; la provisión de recursos efectivos para hacer real la máxima del pluralismo jurídico, lo que supone, necesariamente, el reconocimiento y la consolidación de las jurisdicciones indígenas, del (los) Derecho(s) indígena(s), y de las posibilidades específicas de recurso ante violaciones de los mismos.

4. UNA RELECTURA DE LOS CONTENIDOS DES DE LA DDPI (ARTÍCULOS 17, 20, 21, 23 Y 29)

Procederemos a una relectura intercultural, desde los criterios de interpretación avanzados en los epígrafes anteriores, en relación a algunos de los contenidos DES más denotativos de la *Declaración*. Estos artículos no agotan el contenido de los DES; sólo refieren algunos perfiles de los mismos en la *Declaración*. Sin embargo, el carácter interdependiente de todos los derechos nos obliga a estar atentos a la totalidad de la DDPI y al corpus normativo internacional sobre derechos sociales.

i) El artículo 17 de la DDPI constituye, sin lugar a dudas, un avance y un paso adelante en la protección de los derechos laborales de los pueblos indí-

²⁶ El II Plan Director de la Cooperación española para el trienio 2005-2008 incluye expresamente la cooperación con pueblos indígenas entre sus prioridades sectoriales. El Programa Indígena de la AECID ha asumido, además, el compromiso de incorporar los principios de la ECEPI al código de conducta de la Coordinadora Estatal de ONG para el desarrollo. Cf. L. RODRIGUEZ-PIÑEIRO, "La ratificación del Convenio 169 de la OIT por España: más allá de la solidaridad", *mimeo*.

genas. Resulta importante el artículo por la forma categórica en que se expresa, sin pretensiones de agotar todos sus sentidos en el tenor de la formulación²⁷. El sentido del artículo es intrínsecamente relacional: hace entrar en juego al derecho laboral internacional y nacional, es decir, todo el derecho existente en materia laboral, aprovechando, de esta manera, todo el trabajo realizado por los operadores y agentes no indígenas en el ámbito del Derecho social laboral. El artículo cumple, así, con una de sus pretensiones fundamentales: la interculturalidad. Lejos de desechar lo ya construido y avanzado, lo incorpora, por su potencialidad y riqueza, para interpretarlo y complementarlo desde la perspectiva indígena. Algunas formas de realizarlo han sido ya narradas en los puntos 2 y 3 de este ensayo.

Enlaza, además, con el marco general de sentido intercultural que establece el artículo 1 para interpretar toda la *DDPI*: «Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos». Pleno disfrute, individual y colectivo, de todas las expresiones de derechos construidas en el espacio más fértil y generoso a la recepción de exigencias y necesidades, como es el ámbito internacional de los derechos. Con ello se incorpora, de una vez, en el interior de la cosmovisión indígena, los principios de igualdad y no discriminación, al reconocer la doble forma de ejercicio de estos derechos: individual y colectiva. Se evita, de esta manera, una primacía de lo comunitario-indígena sobre las personas que constituyen la comunidad, de lo grupal sobre lo individual, lo que podría dar lugar a discriminaciones claras de personas dentro de una estructura orgánicamente comunitaria; pero también se ahuyenta una interpretación estrictamente liberal en la manera de entender los derechos e interpretar los derechos a partir de una comprensión exclusi-

²⁷ 17: 1. Las *personas* y los *pueblos indígenas* tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el *derecho laboral internacional y nacional* aplicable. (las cursivas son nuestras.) 2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos.

3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.



vamente individual de la titularidad y el fundamento de los derechos humanos.

Este artículo complementa el ambivalente contenido del artículo 20 del Convenio 169 de la OIT²⁸. Allí no se habla del «derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos», sino de «garantizar una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo»; para añadir, posteriormente, la pretensión de evitar cualquier forma de discriminación en el ámbito laboral. La redacción es tautológica puesto que uno de los ámbitos donde la discriminación hacia los pueblos indígenas ha sido más intensa y enconada es, precisamente, el ámbito laboral. Ésta se perpetuará y reproducirá sino se reconocen derechos laborales para estos pueblos en las mismas condiciones que otros trabajadores (no-indígenas). La única manera de acabar y atacar las formas de discriminación es garantizando derechos, como lo hace el artículo 17 de la *DDPI*. Las medidas que pretende adoptar el artículo 20 del Convenio se aproximan a principios programáticos de política pública que difícilmente han podido incidir en la limitación de formas expresas de discriminación sobre personas indígenas, en lo que hace referencia a las condiciones de empleo y salario. De ahí, la necesaria mediación y complemento intercultural que propone el artículo 17 que es consciente de la profunda asimetría y discriminación con el que las personas indígenas han sido tratadas en un ámbito tan sensible y problemático como el del trabajo y las relaciones salariales, otorgando un protagonismo fundamental a la necesidad de trabajar con formas de explotación laboral, especialmente las del trabajo infantil. De nuevo se trata de un vínculo relacional con la Convención sobre derechos del Niño, lugar donde se desarrolla con más extensión y precisión téc-

²⁸ Hasta la entrada en vigor de la *DDPI*, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, N° 169 (1989), adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la OIT en su septuagésima sesión [en adelante, “Convenio N° 169”], entrando en vigor el 5 de septiembre de 1991, ha sido el principal instrumento internacional sobre derechos indígenas con efectos jurídicamente vinculantes para los Estados que lo han ratificado. El 15 de febrero de 2007, tras su trámite parlamentario, el Estado español depositó formalmente el instrumento de ratificación del Convenio 169. El propio Gobierno español anunció la ratificación como «una contribución más al esfuerzo internacional por proteger a las comunidades indígenas y sus culturas», que «se fundamenta en el desarrollo de la política española de cooperación al desarrollo». Cf. Ministerio de Asuntos Exteriores, Nota de prensa: “España ratifica el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales”, (16 de febrero de 2007).



nica las condiciones para entender y regular las formas de explotación laboral infantil. El artículo apercibe sobre lo que supone un punto de fuga en tiempos postmodernos, en relación a la violación de derechos: la explotación infantil indígena.

Una posible estrategia de trabajo para dar contenido y alcance a este derecho vendría dada, en el marco de la OEA, por la Opinión Consultiva n° 18 de la Corte Interamericana referida a los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados²⁹. En ella se establece una necesaria condición de igualdad entre trabajadores indígenas y el resto de trabajadores del Estado. El principio de igualdad y el de prohibición de toda forma de discriminación tendrá, por extensión *pro homine*, una aplicación a los pueblos indígenas, en su dimensión tanto individual como colectiva.

ii) El artículo 20 de la DDPI³⁰ constituye también un avance al volver a formular de manera tan sustantiva derechos como el de «mantener y desarrollar sus propios medios de subsistencia», articulado a través de instituciones o sistemas políticos, económicos y sociales propios. Sin embargo, se trata de un artículo preñado de ambigüedad y abstracción. Abstracto, puesto que con pretensión de referirse a lo que es el corazón de los derechos sociales, –que por naturaleza son concretos, específicos y claramente delimitables–, la redacción se vale de conceptos difusos para referirlos. Ambigüedad y abstracción enrocan, sin embargo, su razón de ser en el propio proceso de construcción y redacción de la DDPI, donde el consenso conflictivo y polémico ha venido pautando todo el curso del mismo.

En lo que hace referencia a las cuestiones sustantivas de la definición, constituye una limitación que se hable del «derecho a mantener y desarrollar sistemas o instituciones que aseguren sus propios medios de subsistencia y desarrollo», pero no se hable del derecho a crearlos allá donde no existen, donde se han extinguido, o donde decaen debido a las condiciones de vida a las que han sido y son sometidos los pueblos indígenas. Hablar de derechos indígenas implica proporcionar los recursos necesarios para la re-

²⁹ OC-18/2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *op. cit.*

³⁰ Artículo 22. 1.: Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas en la aplicación de la presente *Declaración*.

2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.



generación, creación y conformación de las formas de vida indígena que han sido, en muchos lugares, objeto de desaparición y extinción forzada. Supone reconstituir todo el entramado institucional de estos pueblos.

Consideramos creativamente interesante, pese a la ambigüedad y abstracción, la utilización de términos como «medios de subsistencia y desarrollo» para definir los DES. Pese a que éstos pueden adoptar formas concretas y matizadas en las diferentes cosmovisiones indígenas, se apela a una categoría intercultural que permitirá, de acuerdo con la lógica relacional propuesta, ampliaciones y dilataciones en relación a lo que se entienda por tales. Por tanto, en el artículo no se clausura positivamente –tan propio del lenguaje jurídico– qué se entiende por DES; más bien se procede a una redacción indeterminada, abierta, que tiene el don de la flexibilidad y la posibilidad para establecer contenidos y fundamentos en un momento posterior. En este mismo sentido, resulta, también, interesante la referencia a «dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo» por el carácter abiertamente intercultural de la propuesta. Primero, porque el término «libremente» permite una interpretación porosa y dilatada de lo que sean medios de subsistencia, es decir, DES, desde la perspectiva de los pueblos indígenas. Segundo, puesto que invocar un valor tan netamente liberal como el de la *libertad*, permite enrocar la estrategia de reivindicación de otras lógicas jurídicas en los propios derechos civiles y políticos clásicos, cuyo valor fundamental es la libertad. Con ello se propone una *consideración-otra* de los DES indígenas, a la vez se negocia esta propuesta apoyándose en el rico soporte de derechos aportado hasta ahora por la tradición occidental, cuyo puntal es el valor *libertad*. Tercero, porque se hace referencia expresa a «actividades económicas tradicionales», con lo que ya se establece un criterio para regular la manera de comprender e interpretar los DES, desde una perspectiva indígena, otorgando, de esta manera, valor de derecho a la dimensión tradicional y ancestral de estas actividades.

Resulta, sin embargo, descabalgado, habiendo una enunciación tan positiva en el primer párrafo, un segundo párrafo en el que se habla directamente del derecho a la reparación justa y equitativa por motivo de desposesión. Ésta es una cuestión fundamental para entender la historia y el fundamento de todos los derechos indígenas. De hecho, gran parte de la doctrina ha venido sosteniendo el carácter instrumental que poseen derechos indígenas como la autodeterminación y la autonomía, es decir, la dimensión reparatoria que cumplen estos derechos frente a los procesos de desposesión a los que han si-

do sometidos estos pueblos, negando valor sustantivo a estos derechos en sí mismos. Sin entrar a valorar esta cuestión –que no compartimos–, creemos que el derecho a la reparación se tendría que haber tratado de manera autónoma y sustantiva, aclarando, además, qué se entiende por desposesión; o en relación a qué derechos ésta actúa y tiene lugar.

Como criterio garantista general, hay que tener en cuenta que la conexión de los DES con principios que fundamentan derechos puede también arrojar importantes pistas para abrir vías interculturales de fundamentación y contenido para los DES indígenas. Principios como el de igualdad y no discriminación; tutela judicial efectiva; acceso a la información para dar sentido y conocimiento a los derechos; y proceso legal justo, son todos ellos materiales normativos de innumerable valor para definir y dar contenido, en un futuro próximo, a lo que se viene denominando como *consentimiento previo, libre e informado*. Este meta-derecho o principio rector que permite dar contenido a otros derechos indígenas, sería la condensación intercultural de los principios previamente enumerados, con disposiciones del Convenio 169 de la OIT, junto con las formas y sentidos indígenas de entender el mismo³¹.

iii) El artículo establece lo que constituye el corazón del Derecho social del Estado, en relación directa con los pueblos indígenas³². Nos referimos a derechos como la educación, salud, condiciones económicas y sociales, seguridad social y vivienda entre otros. Se echan de menos referencias a la interculturalidad en la forma de entender y comprender sistemas institucionales tan relevantes como la educación y la salud indígenas. Educación

³¹ Cf. En relación a lo referido, véase Corte IDH, caso “Aloeboetoe y otros v. Suriname”, Reparaciones, sentencia de 10 de septiembre de 1993; caso “Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001; caso “Pueblo indígena de Sarayaku v. Ecuador”, Medidas provisionales, resolución de 17 de junio de 2005; caso “Comunidad Moiwana v. Suriname”, sentencia de 15 de junio de 2005; caso “Yakye Axa v. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005; caso “Sawhoyamaya v. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo de 2006, entre otros.

³² Artículo 21. 1.: Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.



intercultural y sistemas de salud propios, con institucionalización y desarrollo de sus propias prácticas, hubieran dado una coloración importante para la interpretación relacional de este artículo. Son otros, por tanto, los artículos de la *DDPI* que complementarían y resultarían más propicios para entender el contenido de este artículo, como por ejemplo los artículos 24 y 31. También resulta interesante una interpretación relacional y cruzada con los artículos 25, 26 y 27 del Convenio 169 de la OIT. Así en el artículo 25.1 se habla de proporcionar los medios que permitan «organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control» en relación a sus «métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales». También, que todos estos servicios de salud deberán «planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados», dando pistas para fundamentar y desarrollar lo que la *DDPI* establece como consentimiento previo, libre e informado (25.2). El artículo 25.4 del Convenio 169 de la OIT establece, aunque tenuamente, las bases para diseñar y delimitar un modelo de autonomía indígena en relación a la prestación de servicios de salud, al prever un principio de coordinación entre el Estado y los pueblos indígenas en relación a estas cuestiones. Ello abre la posibilidad de diseñar un ámbito de competencias descentralizadas para el desarrollo de un modelo de salud propio, en el marco de la autonomía indígena, regido por el principio de solidaridad y coordinación con el Estado. Cuestiones muy parecidas pueden inferirse de una interpretación intercultural, contrapuntada con otros artículos de la *DDPI*, del artículo 27 del Convenio 169 de la OIT, al referirse a los sistemas de educación intercultural indígena.

Alguna mención específica exige la referencia al derecho a la vivienda en este artículo. Estamos, en este supuesto, ante un claro ejercicio de interpretación intercultural e interdependiente de los derechos. Por un lado, la interculturalidad se interpreta como la necesaria combinación de sentidos y formas de entender los derechos habitacionales –la occidental y la indígena–. Por otro lado, la interdependencia debe entenderse como la complicidad y el apoyo de este derecho en otros derechos indígenas, individuales y colectivos. Se trata de abrirse a una comprensión de los derechos habitacionales tensionada por el sentido individual y colectivo de los derechos. Cuando hablamos de derecho a la vivienda indígena, la confabulación interdependiente de propiedad colectiva, derechos territoriales y cultura indígena resultan fundamentales para poder dar un contenido tentativo y orientador a este derecho. En este sentido, es necesario salir del *oikos* liberal (casa-economía

doméstica), de la manera occidental de entender el derecho a la vivienda, ya que la perspectiva indígena supone una fractura en la concepción estrictamente individual de concebir este derecho. Lo comunitario y grupal adquiere una relevancia fundamental para entender el derecho a la vivienda indígena. Ello exige, además, otro sentido y comprensión de los derechos consustancialmente vinculados al derecho a la vivienda, como son la inviolabilidad de domicilio y la integridad personal y familiar. La inviolabilidad de domicilio adquiere, desde una interpretación intercultural, dimensiones mucho más ricas, por ejemplo, comunitarias y colectivas: hablamos de otra manera de concebir la familia y lo familiar. La intensidad y extensividad de los derechos territoriales indígenas nos abren, necesariamente, a un concepto de inviolabilidad vinculada a la protección medioambiental de la tierra, el territorio y los recursos naturales, así como a la sostenibilidad de los mismos. La dimensión familiar y sus vulneraciones también adquieren otros sentidos desde la perspectiva indígena. Sólo desde una apertura a esos otros sentidos es posible, por ejemplo, pensar la violación del derecho a la vivienda-territorio de pueblos indígenas no contactados.

El artículo 21.2 de la *DDPI* pretende complementar los contenidos de la O.G. n° 3 del Comité DESC, prolongando las exigencias de la misma. Ambas confluyen en institucionalizar un sistema adecuado de medidas eficaces y especiales para el mejoramiento de las condiciones económicas y sociales, cuestiones de política pública que afectan directa y medularmente a los DES de los pueblos indígenas. La propia O.G. n° 3 sugiere posibilidades para caminar por este sendero al establecer: a) la preferencia por adoptar medidas legislativas que ayuden a implementar los DES, sabiendo que estas medidas no agotan el contenido de las obligaciones del PIDESC; b) la necesidad de que los Estados justifiquen por qué se consideran apropiadas las medidas que se adopten para ejecutar y aplicar los DES; c) la provisión de recursos judiciales necesarios para la reclamación de los DES; d) la inclusión de medidas apropiadas de carácter administrativo, financiero, educativo y social para hacer operativos los DES. La O.G. n° 3 establece un sugerente sustrato propositivo para avanzar, también, en la definición de contenidos, en las posibilidades de implementación y en la garantía de DES de los pueblos indígenas. Ello pasa, necesariamente, por canalizar medidas y recursos que permitan avanzar en la conformación de los sistemas jurídicos indígenas; así como en la sistematización de sus prácticas jurídicas y modelos de justicia, condición de posibilidad para hacer real los DES indígenas y la reivindicación de sus vulneraciones en sistemas jurídicos propios.



El artículo 21.2 de la *DDPI* termina con una identificación de los grupos y sectores más vulnerables dentro de los propios pueblos indígenas, como mujeres, jóvenes, niños y personas con discapacidad. El artículo nos ubica, de nuevo, ante la importancia que posee la dialéctica individual-colectivo en la articulación de los derechos indígenas, al observar la importancia de estas personas, en cuanto grupos vulnerables, dentro de la propia comunidad. Con ello se pone un freno a los objetivos y prioridades sustantivos de la comunidad, freno que viene pautado por los derechos específicos de los grupos más vulnerables dentro de ella, derechos que jugarán un importante papel en el necesario discernimiento de los bienes jurídicos que deberán tener prioridad ante un posible conflicto entre lo individual y lo colectivo. La mención de estos grupos dentro del artículo tiene también un importante valor heurístico al abrirnos a las posibilidades y contenidos que otros textos, instituciones, órganos y sujetos hacen de esos derechos. Ello está en estricta consonancia con la propuesta de metodología relacional que venimos haciendo³³.

iv) en relación con el artículo 23 de la *DDPI*, sólo alguna breve consideración. El artículo se presenta como cierre, síntesis y condensación del compendio de referencias normativas, políticas, económicas y sociales referidas a los DES. En este sentido, constituye un gran avance el hecho de interpretar el derecho al desarrollo desde una perspectiva estrictamente de derechos. Es decir, ya no se puede hablar de derecho al desarrollo sin derechos y viceversa. A esta especificación del derecho al Desarrollo como despliegue e implementación de derechos, se añade, con este artículo, la necesaria transversal de la interculturalidad en el horizonte de comprensión de los DES y de los derechos colectivos. No se trata de cualquier desarrollo, sino un desarrollo atento a los *derechos otros*. Derechos indígenas tensionados, constantemente, por la doble dimensión individual y colectiva con la que éstos se presentan.

³³ Confróntese la estricta concordancia entre el contenido del artículo 21.2 y el artículo 26 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en cuanto cláusula establecida para ubicar las posibilidades y exigencias de los DES en este texto. Considérese, además, en relación con todo lo afirmado y en conexión con las temáticas tratadas, la importancia de los artículos 9 del PIDESC y del Protocolo de San Salvador, en relación al derecho a la seguridad social; así como en la regulación de los grupos que deberían ser objeto de cobertura especial y específica. Ver, en este sentido, el artículo 26 de la *Convención sobre los derechos del Niño*; los artículos 11, 12 y 13 de la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*; el artículo 27 de la *Convención para la protección de los trabajadores migrantes y sus familias*; o los *Convenios* de la OIT 102, 118, 121, 130, 157 y 168, entre otros.



El artículo añade una especificación más para interpretar interculturalmente el Derecho al desarrollo: establece una triangularidad dialéctica entre el desarrollo, los DES y los derechos de participación política indígena. De esta compleja triangularización se inferirán, además, criterios y postulados para fundamentar y dar contenido a lo que la *DDPI* reconoce como consentimiento previo, libre e informado. Este artículo constituye un pasaporte y un apoyo privilegiado para apelar a una metodología relacional en la lectura de toda la *DDPI*.

v) El artículo 29 de la *DDPI* define de manera generosa un derecho de tímido reconocimiento todavía en el Derecho internacional, como es el «derecho a la conservación y protección del medioambiente». En este tenue reconocimiento por parte de otros textos de Derecho Internacional radica la mayor dificultad para los pueblos indígenas. En el articulado se intuye una suerte de ambivalencia entre la magra declaración del «derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos», y la segunda parte del artículo 29.1, en donde se establece que el Estado deberá desarrollar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar la conservación y protección del medio ambiente. Es decir, la intensidad y firmeza con la que es afirmada el derecho en su primer párrafo, va diluyéndose a medida que avanza la redacción del mismo.

Resulta de vital importancia el párrafo segundo en donde se reconoce el derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Posee, sin embargo, en su formulación, una limitación, al ser reducido sólo a aquellos supuestos en los que los Estados almacenen materiales peligrosos en territorio indígena. Aunque su reconocimiento constituye, sin lugar a dudas, un paso adelante, hubiese sido mucho más reconfortante no limitar la comprensión de este derecho a estos supuestos, sino abrir su interpretación a muchos más casos. El reto interpretativo de este artículo, el de fundamentar el derecho al consentimiento previo, libre e informado, exige ampliar, creativamente, el ámbito de su aplicación a intervenciones en territorio indígena que supongan drásticas vulneraciones de sus derechos, más allá de la casuística restrictiva y anecdótica de la de «materiales peligrosos». De hecho, el gran reto de avanzar hacia un contenido material concreto para el reconocimiento del derecho al medioambiente de los pueblos indígenas, exige que ese principio necesario para la aplicación y desarrollo del resto de derechos indígenas –el consentimiento previo, libre e informado– fun-



cione como garantía preventiva de cualquier intervención en territorio indígena no consentida, según la calidad y grados con que se enuncia el consentimiento previo, libre e informado. Éste funge como meta-derecho, es decir, como condición de posibilidad para el ejercicio de todos los derechos indígenas, como pedagogía necesaria para ejercer el conjunto de derechos que enuncia la DDPI.

Puede resultar llamativo el hecho de que el derecho al medioambiente de los pueblos indígenas sea recogido y ubicado dentro de la categoría de DES. Ello es debido a la tendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a insertar los derechos medio ambientales, en su expresión genérica, dentro del paradigma del Derecho social³⁴. La conexión e interdependencia de los derechos medioambientales dentro del paradigma del Derecho social genera problemas, ya que, este último, no ha sido objeto de un desarrollo exhaustivo, doctrinaria y jurisprudencialmente hablando, lo que implica que las estrategias de protección de estos derechos exigen ser pensadas con mucho tiento y relatividad todavía. Ello con más razón si nos referimos a los derechos medioambientales, que a pesar de su incipiente reconocimiento y protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tampoco dispone de una estrategia institucionalizada para imaginar y desarrollar formas de protección y garantía para los pueblos indígenas en sede internacional. La estrategia de conexión y comunicación de los derechos medioambientales con el Derecho social ha sido útil y ha arrojado interesantes resultados hasta ahora; sin embargo, el futuro de los derechos medioambientales indígenas exija un tratamiento autónomo y diferenciado, es decir, un desarrollo sustantivo y concreto de sus exigencias y obligaciones a los Estados, Multinacionales y a cualquier otro actor implicado y que opere en territorio indígena.

En definitiva, Derecho internacional del medio ambiente, considerado en su expresión genérica, dista de tener un cumplimiento fácil, lo cual constituye el primer estadio de dificultad para pensar jurídica e interculturalmente los derechos indígenas. En la redacción del Derecho medioambiental es tendenciosa la sistemática utilización de términos vagos, imprecisos, escurridizos, para diluir las formas de entender las obligaciones jurídicas de los Estados. Se trata de todo un compendio de cautelas que confinan este de-

³⁴ Véase a ese respecto las conexiones establecidas entre los derechos medioambientales y los derechos a la vivienda, salud, alimentación o agua, realizada por el Comité DESC en sus O.G. núm. 4, 12, 14 y 15.



recho, todavía, al mundo de los principios programáticos. Hasta ahora, las normas internacionales medioambientales nacen de tratados internacionales, de resoluciones obligatorias de Organizaciones internacionales y de la formación de normas consuetudinarias. Una perspectiva intercultural en la consideración del derecho medioambiental exigiría desbordar y trascender el sistema de fuentes con el que se viene construyendo el Derecho Internacional medioambiental, estableciendo, para ello, otras formas de enriquecer este Derecho, en el que la consideración de los sistemas jurídicos indígenas, sus sistemas de fuentes autóctonos, así como el reconocimiento de sus propias expresiones y prácticas jurídicas, resulten de vital trascendencia. Ello exige, necesariamente, reformar las formas de participación en estas esferas y foros, permitiendo que el sujeto «pueblo indígena» avance en sus formas de intervención y proposición. Conectar y poner en relación los derechos políticos de participación indígena, las fuentes de derecho medio ambiental tradicionales y las propias formas indígenas de interpretar las cuestiones territoriales y medioambientales; así como sus formas de protección y garantía. Ello exige una profundización en los contenidos del consentimiento previo, libre e informado, en cuanto síntesis intercultural para avanzar en estas propuestas. Ello debería hacerse, complementariamente, con la redacción de un Derecho Internacional medioambiental mas preciso y menos genérico, desde la perspectiva de los pueblos indígenas; con la sistematización de órganos y mecanismos institucionales, en el marco de las normas del derecho medioambiental, que aseguren el seguimiento, control y vigilancia permanentes en su aplicación, introduciendo la perspectiva indígena en este ejercicio y creando indicadores *ad hoc* desde la óptica de estos pueblos; con la aplicación y desarrollo de todas estas exigencias y mecanismos de control internacionales, en el ámbito nacional, implicando las políticas públicas y de derechos en estas cuestiones, y comprometiendo una multiplicidad de actores en ello, especialmente agentes sociales, instituciones de derechos humanos, instituciones de cooperación, etc; con la generalización de cláusulas de sumisión al Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) –fundamentalmente Estados y otros agentes internacionales–, relativizando, progresivamente, el carácter voluntario de las mismas, lo que permitiría avanzar hacia una intervención obligatoria del TIJ en la vulneración de derechos medioambientales³⁵; con la generalización del uso de procedimientos de control para el cumplimiento de los tratados medioambientales, adoptando, progresiva-

³⁵ Cf. A este respecto el artículo 14 de la *Convención-marco sobre el cambio climático*.



mente, una perspectiva de derechos en los mismos³⁶; enfatizando la idea de responsabilidad internacional por violación de las normas medioambientales, lo que exige la introducción de tipos criminales por la realización de ciertas acciones y actividades que impliquen violación de normas medioambientales y, específicamente, en territorio indígena.

Finalmente, y desde una perspectiva netamente indígena, ha venido resultando útil la vinculación de derechos medioambientales indígenas con principios-derechos como el derecho al debido proceso legal; el derecho a la tutela judicial efectiva; el derecho de acceso a información, condición para el disfrute de derechos, cuya especificación más intensa sería el consentimiento previo, libre e informado; la igualdad en la distribución de sacrificios e impactos ambientales. O incluso la conexión de añejos derechos civiles con derechos medioambientales, como el de derecho de propiedad indígena; el derecho a la vida, la cultura y la integridad física de estos pueblos; el derecho a la circulación y residencia de los mismos, etc.³⁷.

5. CONCLUSIONES

La memoria fundadora de los pueblos indígenas es la propia violación de sus derechos a través de la historia moderna, así como las resistencias exhibidas en contrapunto a esa violencia, también fundadora. Desde esa lógica y esos lugares para la memoria tiene pleno sentido hablar de interculturalidad jurídica o Derecho intercultural. Esa es, precisamente, la vocación de los derechos humanos, interpretados desde la perspectiva de estos pueblos. Los pueblos indígenas constituyen, además, el paradigma más fino y traslúcido para encarnar y entender la interculturalidad. La violencia colonial inaugura una manera de gestionar la exclusión a través del tratamiento otorgado a

³⁶ Ejemplos de ello fueron el *Protocolo de Montreal* (1987) y el *Protocolo de Kyoto* (1997), prácticas y exigencias que deberían ser rescatadas y actualizadas desde una perspectiva intercultural para los pueblos indígenas.

³⁷ Cf. En relación a lo referido, Corte IDH, caso "Aloeboetoe y otros v. Suriname", Reparaciones, sentencia de 10 de septiembre de 1993; caso "Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua", sentencia de 31 de agosto de 2001; caso "Pueblo indígena de Sarayaku v. Ecuador", Medidas provisionales, resolución de 17 de junio de 2005; caso "Comunidad Moiwana v. Suriname", sentencia de 15 de junio de 2005; caso "Yakye Axa v. Paraguay", sentencia de 17 de junio de 2005; caso "Sawhoyamaya v. Paraguay", sentencia de 29 de marzo de 2006, entre otras.



estos pueblos. La irrupción de los derechos indígenas, de manos de la Declaración, nos impele a la búsqueda y construcción de un diálogo simétrico y horizontal, el que corresponde a la diversidad cultural en la globalización.

El Estado-Nación ha sido una formación problemática para tratar y gestionar jurídicamente con las diversidades. Constituye una distorsión problemática reconducir toda producción jurídica a mera producción estatal, sin estar atentos y solícitos a la existencia de otras formas de pluralismo jurídico para-estatal, como el derecho indígena. Los derechos de los pueblos indígenas funcionan como instrumentos normativos para otorgar luz sobre otras lógicas jurídicas y otras fuentes de derecho. Por ellos nos hemos centrado en lo que consideramos como necesidades o expectativas vitales de estos pueblos, cuya expresión más clara son los derechos sociales.

El primer objetivo del trabajo era proceder a una reconstrucción del sentido y contenido de los derechos sociales, pero desde parámetros colectivos. Es decir, situar la interculturalidad como metodología transversal de todo el texto. Para ello era necesario disponer de una herramienta normativa como la Declaración, e inferir criterios de interpretación para los derechos sociales, pero desde el lugar de enunciación de los pueblos indígenas. Esos criterios de interpretación constituían un material intercultural enormemente fértil para la comprensión de los derechos. Se ha pretendido, por tanto, contrapuntar la dogmática de derechos sociales construida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la inserción y comprensión de los mismos que la Declaración hace desde sentidos colectivos. La consecuencia de esa confrontación es la generación de espacios políticos para la re-construcción de los derechos sociales desde la perspectiva de los pueblos indígenas. Desde ahí es posible inferir un contenido novedoso y emergente para los derechos sociales que pueda tener aplicación a otras formas y expresiones de la diversidad.

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS

Facultat de Dret

Campus de Montilivi

Universitat de Girona

17071 Girona

e-mail: asier.martinez@udg.edu

